

Vandenbussche, W. en Peeraer, F., “Twee zeldzame seizoenverschijnselen met betrekking tot bewijslast en bevestiging” (noot onder Antwerpen 15 juni 2015), *Limb.Rechtsl.* 2016, afl. 1, 34-42

[34]

Inleiding

Zoals het noorderlicht astronomen verbaast, het verkleuren van bladeren natuurkundigen verwondert en de vogeltrek ornithologen in de ban houdt, zo kunnen juristen in rechter-[35]lijke uitspraken soms opmerkelijke zaken waarnemen. Het hierboven gepubliceerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 15 juni 2015 is daarvan om twee redenen een goed voorbeeld. Ten eerste hanteert het hof het criterium van bewijsgeschiktheid om te bepalen welke partij het bewijsrisico draagt. Daarnaast oordeelt het hof dat de uitvoering van de overeenkomst in dit geval geen obstakel voor de vernietiging vormt. Na een korte feitschets lichten we beide aspecten toe. Op andere discussiepunten, zoals de concrete toepassing van art. 3 en 4 van de wet van 19 december 2005¹ en de begroting van de restitutieverbintenissen, gaan we in deze noot niet in.²

Feitschets

In maart 2009 beginnen partijen te onderhandelen over een samenwerkingsovereenkomst betreffende de uitbating van een kledingwinkel. Op 1 juli 2009 komen de franchisegever en -nemer tot een akkoord en in februari 2010 opent de winkel haar deuren. Na verloop van tijd stapelen de verliezen zich echter op. Op 1 april 2011 vordert de franchisenemer de vernietiging van de franchiseovereenkomst wegens schending van art. 3 (tijdige mededeling van ontwerp/afkoelingsperiode van 1 maand) en art. 4 (verplichting tot het overhandigen van een afzonderlijk document met de in dat artikel vermelde gegevens) van de wet van 19 december 2005. De franchisegever betwist de vordering. Hij meent dat hij wel degelijk alle nodige informatie ter beschikking heeft gesteld (incl. het businessplan met verwachte omzetten, kosten, etc.). De rechtbank van koophandel te Hasselt wijst de vordering toe en verklaart de overeenkomst nietig. De franchisegever tekent hoger beroep aan. Hij argumenteert dat de franchisenemer tekortschiet in de op hem rustende bewijsverplichtingen.

Het hof van beroep wijst die argumentatie van de hand. Volgens het hof mag de bewijslast niet enkel afhangen van de toevallige processuele positie als eiser of verweerder in het licht van de opgeworpen nietigheidsgrond. De *fair play* die procespartijen elkaar verschuldigd zijn en de plicht die ze hebben om mee te werken aan de bewijsvoering, conditioneren de bewijslast. Het hof wijst op de zwaarte van de bewijslast in hoofde van de franchisenemer. Hij moet het negatieve bewijs leveren dat noch een ontwerp van overeenkomst, noch een afzonderlijk document tijdig werd overgemaakt. Het hof legt dan ook de bewijslast op de franchisegever die “*als meest bewijsgeschikte partij wordt beschouwd gezien de omstandigheden van het geval*”. Het hof stelt vast dat de franchisegever beweert dat hij alle beschikbare informatie heeft overhandigd, maar niet aangeeft wanneer en in welke vorm. Dat is onvoldoende om aan te nemen dat hij aan de wettelijke voorwaarden heeft voldaan, aangezien de wet uitdrukkelijk een

¹ Wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006, *err.* *BS* 13 februari 2006 (hierna: Wet Precontractuele Informatie). Sinds 31 mei 2014 is die wet opgeheven en (gewijzigd) opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (art. X.26-X.34 WER).

² Zie daarvoor o.a. B. PONET, “De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: zes jaar toepassing in de praktijk”, *RW* 2012-13, 162-175.

geschrift vereist dat op een duurzame en toegankelijke drager ter beschikking is gesteld. Bij gebrek aan het voorleggen van zo'n afzonderlijk document, beschouwt het hof de inbreuken op art. 3 en 4 van de Wet Precontractuele Informatie als vaststaand en bewezen.

[36]

Het gevolg daarvan is dat de franchisenemer overeenkomstig art. 5, eerste lid van die wet gedurende twee jaar de nietigheid kan vorderen. Het hof oordeelt dat de uitvoering van de overeenkomst gedurende die periode de nietigverklaring niet verhindert en beschouwt de uitvoeringshandelingen van de franchisenemer niet als een afstand van recht. Volgens het hof was het net de bedoeling van de wetgever om door middel van de Wet Precontractuele Informatie de franchisenemer te beschermen door hem gedurende twee jaar toe te laten om na te gaan of de verstrekte informatie met de werkelijkheid overeenstemt. Het hof besluit dat de eerste rechter de overeenkomst terecht nietig heeft verklaard.

Bewijslastverdeling op basis van bewijsgeschiktheid

De bewijslastverdeling bij schendingen van informatieverplichtingen vormt een bijzonder omstreden leerstuk. Of het nu gaat over de relatie advocaat-cliënt, arts-patiënt of – zoals in deze zaak – franchisegever-franchisenemer: geregeld duiken gevallen op waarin de informatiegerechtigde beweert dat de informatieplichtige tekort is gekomen aan de op hem rustende verplichtingen. Vraag is: wie moet het bewijs leveren?

De bewijslastverdeling wordt in het Belgisch recht geregeld door de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek. Op basis van die bepalingen moet de partij die iets aanvoert, het bewijs daarvan leveren (*'actori incumbit probatio'*). Volgens de huidige interpretatie betekent dit in de eerste plaats dat de aanvoerende partij het bewijsrisico draagt.³ Indien die partij er niet in slaagt om de rechter van haar aanspraken te overtuigen, zal ze de negatieve gevolgen daarvan moeten ondergaan. Bij twijfel zal de rechter de vordering afwijzen wegens onvoldoende bewijs. Tijdens de procedure zelf brengen beide partijen bewijselementen aan en proberen ze de zaak op te helderen voor de rechter.⁴ Dat is ook wat het hof in deze zaak bedoelt met *"De fair play die procespartijen elkaar verschuldigd zijn en de plicht die ze hebben om mee te werken aan de bewijsvoering, conditioneren de bewijslast."*

[37]

³ Zie o.m. B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 35, nr. 3; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 131, nr. 252; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 162; W. VANDENBUSSCHE, "De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure" in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, (31) 34-35, nr. 6; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations*, III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2363, nr. 1652. *Contra*: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 143, nr. 138.

⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348, nr. 33; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 130, nr. 250; M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle" in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 14, nr. 4; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27; W. VANDENBUSSCHE, "De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure" in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015(31) 42, nr. 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve" in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 11, nr. 15.

Over het algemeen gelden de regels uit art. 1315 BW en 870 Ger.W. als ‘vaststaande bakens’ die partijen moeten beschermen tegen rechterlijke willekeur.⁵ Dat is niet anders bij schendingen van informatieverplichtingen. Indien de informatiegerechtigde aanvoert dat de informatieplichtige aan zijn verplichtingen is tekortgekomen, moet hij daarvan overeenkomstig art. 1315, eerste lid BW en 870 Ger.W. het bewijs leveren.⁶ Het Hof van Cassatie erkent dat dit neerkomt op het bewijs van een negatief feit (nl. de niet-overdracht van informatie). Toch oordeelt het Hof dat “*de rechter weliswaar kan beslissen dat een negatief feit niet aan dezelfde eisen moet voldoen als dat van een positief feit, hij mag de eiser niet van dat bewijs vrijstellen en de tegenpartij de verplichting opleggen om het bewijs van het tegenovergestelde positief feit te leveren*”⁷. De doctrine volgt dat genuanceerde standpunt. Het voegt daar wel aan toe dat bepaalde beweringen soms door een positieve tegenhanger kunnen worden bewezen. Niettemin doen zich ook situaties voor waarin het bewijs van een negatief feit bijzonder moeilijk of soms zelfs onmogelijk is.⁸

In het geannoteerde arrest stelt het hof van beroep te Antwerpen vast dat “*een zware bewijslast op de franchisenemer rust*”, die het negatieve bewijs zou moeten leveren van het niet-tijdig overmaken van een ontwerp van overeenkomst en het afzonderlijk document. Die gedachte is niet nieuw in het contentieux van de franchiseovereenkomsten. Ook uit andere zaken blijkt dat de rechter rekening kan houden met het feit dat de franchisenemer een negatief bewijs moet leveren.⁹ In een vonnis van 20 april 2010 beslist de rechtbank te koophandel te Hasselt zelfs dat het voldoende is dat de franchisenemer aannemelijk maakt dat hij de vereiste informatie niet heeft gekregen.¹⁰

Het arrest springt vooral in het oog omdat het de bewijslast legt op de franchisegever die “*als meest bewijsgeschikte partij wordt beschouwd gezien de omstandigheden van het geval.*” Het hof van beroep te Antwerpen koppelt het bewijsrisico dus los van art. 1315 BW en 870 Ger.W. In plaats daarvan maakt het toepassing van het criterium van de bewijsgeschiktheid. Het gaat na voor welke partij het leveren van het bewijs onder de gegeven omstandigheden het minst bezwaarlijk is.¹¹ In het Belgische recht bepleiten slechts een [38] beperkt aantal auteurs dat de

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 735, nr. 728; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 126, nr. 116; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 35, nr. 11.

⁶ Voor de arts: Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN; Antwerpen 14 april 2008, *T.Gez.* 2008-09, 312, noot; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Gent 28 juni 2006, *T.Gez.* 2008-09, 408, noot RV; Antwerpen 8 april 2002, *NJW* 2002, 246, noot. Voor de advocaat: Antwerpen 19 mei 2014, 2012/AR/1900, onuitg.; Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435. Voor de beleggingsadviseur: Antwerpen 10 september 2015, 2014/AR/1992, onuitg.; Antwerpen 5 februari 2015, *NJW* 2015, 592, noot D. BRULOOT; Brussel 23 september 2010, *TBH* 2012, 357, noot O. STEVENS.

⁷ Cass. 18 november 2011, *JLMB* 2012, 186, *Pas.* 2011, 2558 en *TBH* 2012, 313; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *RGAR* 2006, 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN; Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460, *Pas.* 1958, I, 712 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK.

⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 57-58, nr. 100-101; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 103, nr. 89.

⁹ Antwerpen 22 december 2011, *RW* 2012-13, 187; Antwerpen 21 november 2011, *TBBR* 2013, 522.

¹⁰ Kh. Hasselt 20 april 2010, *Limb.Rechtsl.* 2013, 78, noot B. PONET.

¹¹ J. DE MOT, “De verdeling van de bewijslast economisch bekeken” in J. DE MOT (ed.), *Liber Amicorum Boudewijn Bouckaert. Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (17) 19; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 539, nr. 1323; J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294; W. VANDENBUSSCHE, “De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke

rechter de bewijslast ook kan bepalen aan de hand van de geschiktheid van een procespartij om zich bewijsmateriaal te verschaffen.¹² Die visie heeft tot nu toe weinig ingang gevonden in de rechtspraak. Verschillende uitspraken van het Hof van Cassatie¹³ en de hoven van beroep¹⁴ weigeren met de bewijsgeschiktheid rekening te houden als algemeen uitgangspunt voor de verdeling van de bewijslast. Een eerste mogelijke reden daarvoor is het vermijden van rechtsonzekerheid. Anders zou de feitenrechter telkens geval per geval de bewijslast vaststellen, zodat partijen daarvan onmogelijk op voorhand een inschatting zouden kunnen maken.¹⁵ Bovendien is het in bepaalde omstandigheden gewoonweg niet mogelijk voor de rechter om in te schatten welke partij het meest geschikt is om met bewijsmiddelen naar voor te komen.¹⁶

Het geannoteerde arrest wijkt ook af van het traditioneel standpunt in het Belgische recht dat de informatiegerechtigde op basis van artikel 1315, eerste lid BW en 870 Ger.W. moet bewijzen dat de informatieplichtige aan zijn informatieverplichting is tekortgekomen. Met twee arresten van 16 december 2004 heeft het Hof van Cassatie die zienswijze uitdrukkelijk bevestigd¹⁷ en nadien hebben de feitenrechters die rechtspraak unaniem gevolgd.¹⁸ Toch is in die context een arrest van de eerste Franstalige kamer van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 vermeldenswaardig. Een cliënt beweert dat zijn advocaat tekortgekomen is aan een deontologische informatieverplichting, wat de advocaat betwist. Het Hof beslist dat “*Uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekwetend om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit*

procedure” in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, (31) 45, nr. 23 en 48, nr. 27.

¹² J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, (39) 48, nr. 31; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2008, (19) 22; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 509-510, nr. 113.

¹³ Cass. 18 november 2011, *JLMB* 2012, 186, *Pas.* 2011, 2558 en *TBH* 2012, 313; Cass. 20 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1368 en *Pas.* 2005, 1362; Cass. 6 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2073, *Pas.* 2003, 1784, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK, *RW* 2006-07, 1777.

¹⁴ Arbh. Bergen 1 februari 2012, *Inf.RIZIV* 2011, 454 en *JLMB* 2012, 482; Brussel 5 mei 2010, *JDSC* 2012, 107, noot J. GOFFIN en F. VAN DER MERSCH en *TBH* 2012, 43, noot N. COOREMAN en H. DE WULF; Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE.

¹⁵ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 305, nr. 276; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 735, nr. 728; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 35, nr. 11.

¹⁶ Volgens GIESEN valt die geschiktheid uiteen in twee varianten. De eerste is wie feitelijk in staat is om het bewijs te leveren. De tweede ziet op de vraag wie gedacht moet worden de betere bewijsmogelijkheden te hebben (I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 419).

¹⁷ Cass. 16 december 2004, *AR C.03.0407.N*, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN; Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN.

¹⁸ Voor de arts: Antwerpen 14 april 2008, *T.Gez.* 2008-09, 312, noot; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Gent 28 juni 2006, *T.Gez.* 2008-09, 408, noot RV; Antwerpen 8 april 2002, *NJW* 2002, 246, noot. Voor de advocaat: Antwerpen 19 mei 2014, 2012/AR/1900, onuitg.; Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435. Voor de beleggingsadviseur: Antwerpen 10 september 2015, 2014/AR/1992, onuitg.; Antwerpen 5 februari 2015, *NJW* 2015, 592, noot D. BRULOOT; Brussel 23 september 2010, *TBH* 2012, 357, noot O. STEVENS.

dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven".¹⁹ Op dit [39] moment is het onduidelijk of die beslissing een radicale ommekeer inhoudt van het klassieke standpunt dat het bewijsrisico op de informatiegerechtigde rust. Het Hof geeft geen verdere toelichting bij zijn oordeel, zodat het gissen blijft naar een mogelijke grondslag. Dat zou net zoals in het geannoteerde arrest de bewijsgeschiktheid kunnen zijn. De advocaat was in zekere zin het best geplaatst om zich een bewijs te verschaffen dat hij zijn verplichting heeft uitgevoerd.²⁰ Toch kunnen we daar niet met zekerheid uitspraak over doen. Verdient de bovenvermelde beslissing in het licht van het voorgaande dan resoluut afkeuring? Niet per se. Eerst en vooral merken we op dat het hof van beroep in deze zaak uiteindelijk geen beslissing heeft genomen op basis van het bewijsrisico. Na onderzoek van alle bewijselementen (geen uitleg over wanneer en in welke vorm de informatie werd overhandigd, niet-voorlegging van een afzonderlijk document, ...), was er geen twijfel meer aanwezig in hoofde van het hof. Het beschouwt op basis van zijn vrije bewijswaardering de inbreuken op art. 3 en 4 van de Wet Precontractuele Informatie als vaststaand en bewezen.²¹ Ten tweede is het *anno* 2015 niet meer zo uitzonderlijk om het bewijsrisico van de naleving van een informatieverplichting op de informatieplichtige te doen rusten, zoals het cassatiearrest van 25 juni 2015 illustreert. Ten derde is het in bepaalde uitzonderingssituaties verdedigbaar om rekening te houden met de bewijsgeschiktheid als één van de criteria om het bewijsrisico om te keren. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de aanvoerende partij zich in een toestand van bewijsnood bevindt omdat de tegenpartij aan één van haar verplichtingen is tekortgekomen. Het geannoteerde arrest lijkt daaraan te voldoen. De franchisegever had de wettelijke verplichting om een afzonderlijk document op een duurzame en toegankelijke drager ter beschikking te stellen. Hij was als enige in staat om een bewijselement van het voldoen aan zijn informatieverplichting te creëren. Uit de bewoordingen van het arrest blijkt dat het hof van beroep veel belang hecht aan het ontbreken van dat afzonderlijke document. De algemene bewoordingen waarin het hof het bewijsrisico op basis van de bewijsgeschiktheid op de franchisegever legt, verdienen daarentegen wel nuance. Het hof had kunnen verduidelijken dat er sprake was van een uitzonderingssituatie die een afwijking van de normale regels van art. 1315 BW en 870 Ger.W. rechtvaardigde.

Mogelijkheid tot bevestiging

De tweede opmerkelijke passage uit het arrest betreft zoals aangekondigd het leerstuk van de nietigheid. Het hof oordeelt dat de franchisenemer gedurende de eerste twee jaar van de samenwerking de nietige overeenkomst nog niet kon bevestigen. Art. 5, eerste lid Wet Precontractuele Informatie verschaftte hem immers die termijn om de nodige gegevens te achterhalen om te beslissen of hij al dan niet een beroep wenste te doen op de nietigheid. Bijgevolg belet de loutere uitvoering van de overeenkomst in die periode niet [40] dat de franchisenemer de nietigheid kan vorderen: de loutere vrijwillige uitvoering met kennis van zaken kan niet als een afstand van recht worden beschouwd.²²

¹⁹ Cass. 25 juni 2015, C.14.0382.F, RGAR 2015, n° 15219.

²⁰ Zie o.m. M.-H. LEROY, "L'aide juridique et les honoraires: l'aide juridique honore-t-elle l'avocat?" in *Deontologie. Les honoraires. Le devoir de conseil*, Luik, éd. Jeune barreau de Liège, 2005, (148) 152

²¹ Vgl. Antwerpen 22 december 2011, RW 2012-13, 187. Hier keert het hof het bewijsrisico weliswaar niet om, maar beoordeelt het alle naar voren gebrachte bewijselementen (ontbreken van ontwerp van overeenkomst, niet-overlegging van document met de in art. 4 bedoelde informatie, overlegging van een e-mail waaruit blijkt dat één maand voor overeenkomst nog geen kennis was gegeven van vaste kosten). Daaruit leidt het af dat de franchisenemers voldoen aan de op hen rustende bewijslast. Het resultaat is dus uiteindelijk hetzelfde.

²² In dezelfde zin Gent 18 november 2013, RW 2013-14, 1185 (het cassatieberoep tegen dat arrest is verworpen door Cass. 17 september 2015, C.14.0188.N).

Wanneer een nietige overeenkomst wordt bevestigd, verliest de beschermde de mogelijkheid om een beroep te doen op de geboden bescherming. In het gemene recht zijn de twee voornaamste wijzen om een nietige overeenkomst te bevestigen de vrijwillige uitvoering met kennis van zaken en de bevestiging door middel van een daartoe strekkend geschrift.²³ In het gemene recht valt de aanvang van de verjaringstermijn van de vordering tot nietigverklaring vaak samen met het moment waarop de overeenkomst kan worden bevestigd. Dat is bijvoorbeeld het geval voor wilsgebreken: op het moment dat het wilsgebrek is ontdekt²⁴ of opgehouden²⁵ begint de verjaringstermijn van de vordering tot nietigverklaring te lopen én kan de nietigheid worden bevestigd, bijvoorbeeld door de vrijwillige uitvoering met kennis van zaken.

Het oordeel van het hof van beroep dat de vrijwillige uitvoering met kennis van zaken niet als een bevestiging kan worden beschouwd, kan dan ook op het eerste gezicht verrassen. Bij nader inzien is de gemeenrechtelijke regeling – waarbij het moment van bevestigbaarheid samenvalt met het moment waarop de verjaringstermijn van de vordering tot nietigverklaring begint te lopen – eerder de uitzondering dan de regel. Beide momenten hoeven immers niet samen te vallen. Bevestiging is volgens een meerderheid in de doctrine maar mogelijk vanaf het moment dat de beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen krijgen,²⁶ wat losstaat van het vertrekpunt van de verjaringstermijn van de vordering tot nietigverklaring. Zo gebeurt het regelmatig dat die termijn reeds begint te lopen op een moment dat de bevestiging nog niet mogelijk is (aangezien de beoogde bescherming nog geen uitwerking heeft kunnen krijgen). Dat is bijvoorbeeld het geval voor de bescherming die de Wet Precontractuele Informatie biedt door middel van de nietigheid: reeds vanaf de totstandkoming van de samenwerkingsovereenkomst neemt de vernietigingstermijn²⁷ een aanvang, maar pas twee jaar na die totstandkoming kan de beschermde partij door vrijwillige uitvoering²⁸ met kennis van zaken afstand doen van de geboden bescherming. [41] Ook in andere commerciële overeenkomsten bevindt de beschermde zich niet in de beoogde beschermingstoestand op het moment dat de overeenkomst tot stand is gekomen. Zo bevinden concessiehouders²⁹ en

²³ Zie art. 1338 BW.

²⁴ Dit is het geval voor geweld: art. 1304, tweede lid BW.

²⁵ Dit is het geval voor dwaling en bedrog: art. 1304, tweede lid BW.

²⁶ Zie de verwijzingen bij F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, afl. 4, (2705) 2787, nr. 71, vn. 441.

²⁷ We gebruiken hier bewust ‘vernietigingstermijn’ in plaats van de gebruikelijke term ‘verjaringstermijn van de vordering tot nietigverklaring’. Het Hof van Cassatie (Cass. 17 september 2015, C.14.0188.N) heeft immers geoordeeld dat de nietigheid niet binnen de twee jaar in rechte moet worden gevorderd, maar dat het volstaat dat de beschermde de nietigheid binnen die termijn ‘inroept’ ten aanzien van de wederpartij, wat ook bijvoorbeeld door een aangetekende brief kan.

²⁸ De onmogelijkheid om de nietige overeenkomst te bevestigen door de loutere vrijwillige uitvoering belet niet dat die overeenkomst reeds op een eerder moment kan worden bevestigd door middel van geschrift. Het huidige art. X.30, vierde lid WER verschaft de beschermde de mogelijkheid om reeds na een maand na het sluiten van de overeenkomst afstand te doen van de bescherming (en bijgevolg de nietige overeenkomst te bevestigen). Die afstand moet wel uitdrukkelijk de oorzaken vermelden waarom afstand wordt gedaan van de nietigheid. Volgens de minister kan een dergelijke afstand nuttig zijn voor de versterking van het vertrouwen tussen de contractspartijen: verslag over het wetsontwerp houdende invoeging van boek X “Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2014-15 (hierna: het wetsontwerp), nr. 53-3280/6, 25.

²⁹ Art. 6, eerste lid wet 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, *BS* 5 oktober 1961 (hierna: Alleenverkoopwet): “De bepalingen van deze wet zijn van toepassing niettegenstaande hiermede strijdige overeenkomsten, gesloten vóór het einde van het contract waarbij de concessie is verleend.”. Sinds 31 mei 2014 is die wet opgeheven en (gewijzigd) opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (art. X.35-X.40 WER). Art. 6 van die wet is niet mee overgenomen in het Wetboek

handelsagenten³⁰ zich maar in de beoogde beschermingstoestand op het moment dat de overeenkomst beëindigd³¹ is.

In dit geval oordeelt het hof van beroep terecht dat de loutere vrijwillige uitvoering met kennis van zaken gedurende de eerste twee jaar geen beletsel vormt voor de vernietiging.³² Zoals het hof vermeldt, zou de bescherming die de Wet Precontractuele Informatie beoogt haar doel niet kunnen bereiken indien daarover anders wordt beslist. Die wet verleent de beschermde partij immers een bepaalde termijn om uit te maken of zij al dan niet gebruik wenst te maken van de bescherming, en gedurende die termijn kan zij de overeenkomst uitvoeren zonder dat zij die bescherming verliest. Hiermee raakt het hof de kern van de zaak: de doelstelling van de regel die in de bescherming voorziet ('normdoel'), bepaalt [42] vanaf welk moment de bevestiging mogelijk wordt – en dit ongeacht op welk moment de verjaring van de vordering tot nietigverklaring een aanvang neemt. Bevestiging is maar mogelijk als het normdoel zich daar niet (meer) tegen verzet.

Wannes Vandenbussche

FWO aspirant aan het Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

en

Frederik Peeraer

Assistent aan het Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

Economisch Recht. Volgens het wetsontwerp (*supra* noot 28, nr. 53-3280/1, 17) wijst de Raad van State erop dat het vermelde art. 6 “enkel een overgangsbepaling instelde”, waardoor het voorziene art. X.41 (dat in de omzetting van het vermelde art. 6 voorzag) werd geschrapt. Nochtans heeft de Raad van State in zijn advies enkel geadviseerd om het tweede lid van art. 6 weg te laten uit het ontwerp (advies Raad van State bij het wetsontwerp, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 53-3280/1, 43). O.i. betekent dat niet dat Titel 3 van boek X (art. X.35-X.40) WER plots van aanvullend recht zou zijn geworden. Het artikel dat de Alleenverkoopwet heeft opgeheven (nl. art. 4, 3° Wet 2 april 2014 houdende invoeging van boek X “Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies” in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 28 april 2014) moet o.i. door middel van een teleologische reductie zodanig worden geïnterpreteerd dat zij niet eveneens art. 6, eerste lid Alleenverkoopwet heeft opgeheven. Het was immers de bedoeling van de wetgever om de inhoud van de Alleenverkoopwet te hernemen: wetsontwerp, 5 en 17. Bovendien vermeldt de wetgever als (enige) reden voor de opheffing van art. 6 Alleenverkoopwet het advies van de Raad van State: wetsontwerp, 16-17. Tot slot zou men uit art. X.39 WER – dat de concessiehouder beschermt met betrekking tot de bevoegde rechtbanken en het toepasselijke recht – kunnen afleiden dat art. X.35-X.40 WER ook materieelrechtelijk nog steeds van dwingend recht zijn.

³⁰ Art. 19, vierde lid en 23 Wet 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst, *BS* 2 juni 1995 (huidige art. X.17, derde lid en X.21 WER). Sinds 31 mei 2014 is die wet opgeheven en (gewijzigd) opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (art. X.1-X.25 WER).

³¹ De concessieovereenkomst is bv. ‘beëindigd’ op het moment dat de opzegging is betekend, ook al behoudt de overeenkomst haar uitwerking gedurende de opzegtermijn: Cass. 25 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 822. Zie M. WAGEMANS, *Concession de vente* in *RPDB*, Brussel, Bruylant, 2014, 166, nr. 318. Een ‘beëindiging’ ligt ook voor wanneer de overeenkomst beëindigd wordt als gevolg van een zware fout van de tegenpartij of door de vervulling van een ontbindende voorwaarde: M. WAGEMANS, *Concession de vente* in *RPDB*, Brussel, Bruylant, 2014, 166-167, nr. 318.

³² Dat is recent bevestigd door het Hof van Cassatie. In een arrest van 17 september 2015 (C.14.0188.N) heeft het Hof geoordeeld dat uit art. 5 Wet Precontractuele Informatie volgt dat “vóór het verstrijken van deze termijn geen bevestiging van de nietigheid kan worden afgeleid uit de loutere uitvoering van de overeenkomst met kennis van zaken.”. Feitenrechtspraak oordeelde eerder ook al in dezelfde zin. Zie bv. Kh. Antwerpen 19 december 2011, *RW* 2012-13, 190 Zie B. PONET, “De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: zes jaar toepassing in de praktijk”, *RW* 2012-13, (162) 168-169, nr. 12; D. MERTENS, “De nieuwe wet precontractuele informatie doorgelicht” in G. STRAETMANS en D. MERTENS (eds.), *Actualia handelstussenpersonen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 31, nr. 42. Zie advies Raad van State bij art. 5 Wet Precontractuele Informatie (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1687/1, 18). Vgl. S. CLAEYS, “Precontractuele informatie” in *Bestendig Handboek Distributierecht* 2011, (Inl.4) 3-4, nr. 330.